

EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

Fernando CARRILLO FLÓREZ*

SUMARIO: I. *Un constitucionalismo para la democracia.* II. *La Constitución y el papel del Estado.* III. *La hora de la equidad como objetivo constitucional.* IV. *La hora de la justicia.* V. *La hora de un nuevo paradigma constitucional.* VI. *La hora de la capacidad institucional del Estado.* VII. *La hora de las Constituciones pactadas.*

I. UN CONSTITUCIONALISMO PARA LA DEMOCRACIA

Una cascada de fenómenos de reforma constitucional se ha precipitado a lo largo y ancho de nuestro continente durante la última década. Hoy se cuentan más de quince iniciativas de revisión constitucional que han aparecido como consecuencia de la reciente ola democratizadora,¹ posterior al recurrente déficit democrático de nuestra región, cuya onda expansiva sumió a nuestra América Latina en la más profunda de sus crisis.

El mundo ha inclinado su eje hacia la democracia sin intermediarios para entregar la toma de las decisiones fundamentales a ciudadanos que han demostrado —según la definición de Karl Popper— que la gran diferencia entre un gobierno democrático de uno que no lo es, consiste en que solamente en el primero los ciudadanos se pueden deshacer de sus gobernantes sin derramamiento de sangre. La democracia ha corroborado que es el instrumento más fuerte contra la barbarie cuando todos se aúnan para defenderlo. El efecto siguiente consiste en la repercusión que este

* Ex ministro de Justicia de la República de Colombia. Profesor de derecho privado. Miembro por elección popular de la Asamblea Constituyente de Colombia en 1991. Actual consejero principal en reforma del Estado del Banco Interamericano de Desarrollo en Washington.

1 Samuel Huntington popularizó el fenómeno como la tercera ola de democratización. Por ejemplo, en Sudamérica en 1974, 8 de 10 países tenían gobiernos no democráticos. En 1994, todos los países de esta subregión habían democráticamente elegido sus gobiernos. Según el *New York Times*, 3,100 millones de personas viven hoy en democracias y 2,660 millones de personas viven en otro tipo de régimen.

nuevo consenso ha generado en el plano constitucional de las democracias en transición de la América Latina.

En este escenario de reformismo constitucional vale la pena preguntarse si los diversos procesos constituyentes están logrando rehacer la vida de nuestras naciones a imagen y semejanza de ellas, y si nuestras cartas fundamentales como paradigmas están incorporado sus principios a la vida de una sociedad civil emergente que ha generado en muchos casos la propia dinámica del cambio constitucional. Pero, sobre todo, si las condiciones de la llamada gobernabilidad democrática se están imponiendo;² y por ella se entienden factores de cohesión socioeconómica, de libertades políticas y de garantía de derechos fundamentales que hacen parte de la vida cotidiana de cada ciudadano, que en última instancia determinan la vigencia o no del sistema democrático y su legitimidad.

Cualquier tentativa de respuesta nos remitirá a la real capacidad de nuestras Constituciones para generar, además del mero cambio del texto constitucional, un auténtico avance en términos de la garantía y tutela de los derechos fundamentales del ciudadano de la América Latina del tercer milenio. Y aún más, del desarrollo institucional que debe propiciarse para cumplir con ese cúmulo de nuevas responsabilidades.

Un balance de este calibre resultaría a todas luces prematuro. Sólo ha transcurrido algo más de un lustro, y la consolidación de los sistemas políticos de la América Latina en democracias comienza apenas a dar sus primeros pasos. Bien se ha dicho, y ello lo ratifican el desenvolvimiento de los *länder* alemanes, de las regiones italianas, de la consolidación democrática española después de 1978, o de los Estados excomunistas de Eurasia, que en lo referente al desarrollo institucional, y no al simple cambio del texto escrito, el tiempo se mide por décadas.

El siglo XX —el más terrible siglo de la historia occidental según Isaiah Berlin— termina con plebiscitos ambulantes en la Europa del Este, cuyos gritos de ciudadanía acabaron pulverizando la cortina de hierro. La orientación de esa ola de democratización enmarcada en un nuevo consenso emergente de alcance constitucional ha alterado no sólo la dialéctica de la derecha y de la izquierda tradicionales, sino de los sistemas insti-

2 La expresión ha ganado fuerza en el ámbito del quehacer operativo y de la reflexión que han promovido los organismos multilaterales, principalmente el Banco Interamericano de Desarrollo, el PNUD, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Ver *The World Development Report 1997. The State in a Changing World*. The World Bank. 1997 y *Marco de referencia para la acción del Banco en programas de modernización del Estado y fortalecimiento de la sociedad civil*, BID, marzo de 1996.

tucionales de turno electoral partidista. Una reflexión sobre la necesidad de colocar la agenda de desarrollo de nuestros países en un punto de convergencia de las variables sociales, económicas y políticas ha vuelto los ojos sobre la importancia de las “reglas de juego” delineadas desde la altura de la carta constitucional.³

Las frágiles voces que anunciaron prematuramente el fin de la historia, se silenciaron frente a la riquísima variedad de desafíos e innovaciones que ofrecen los modelos democráticos y de la economía social de mercado con sus correspondientes esquemas constitucionales e institucionales. Pero, peor aún que eso, no lograron percatarse de la trascendencia de la reforma de sistemas institucionales raquíticos, mucho más ajenos a la victoria pírrica de los ideologismos.

II. LA CONSTITUCIÓN Y EL PAPEL DEL ESTADO

La recuperación para el Estado de su capacidad de acción frente a sus responsabilidades básicas es un axioma recientemente incorporado a la agenda de desarrollo de nuestra región. Su presencia irremplazable en áreas como el ejercicio de la función judicial, regulatoria y de promoción de la competencia, la definición de la política social, las legislaturas, los gobiernos municipales y la lucha contra la corrupción, son todos fenómenos propios de un continente que ha comenzado a verse por primera vez en el espejo de la democracia.

El debate acerca del papel del Estado ha dejado de lado las consideraciones sobre su tamaño para focalizarse en su capacidad de respuesta a las demandas ciudadanas en el marco del cumplimiento de sus responsabilidades básicas. Los Estados democráticos con algún grado de consolidación, se miden en función de las tareas complementarias de asegurar, por una parte el funcionamiento del mercado, pero por otra, de garantizar los bienes colectivos⁴ que el mercado no puede proporcionar y sin los cuales se haría insostenible el orden social.

3 La denominada Escuela de la Economía Institucional ha elevado el énfasis de las reglas formales e informales que enmarcan los procesos de crecimiento y desarrollo económico. Douglass North, James Buchanan, Ronald Coase y más recientemente estudios como los de Robert Barro, Michael Fairbanks y aun autores como Philip Kotler insisten en la necesidad de disponer de ambientes institucionales ciertos y previsibles, como determinantes del desarrollo. La Constitución es allí la premisa mayor.

4 Los llamados bienes de mérito —*merit goods*— constituyen la esencia última de la acción del Estado frente a las fuerzas del mercado.

Esta última es una pregunta válida en relación con el comportamiento del sector público de nuestros países en el marco de los nuevos vientos constitucionales. Si por ejemplo la presencia de un Estado caracterizada macrocefálico pero torpe, y a veces de juguete, enorme pero ineficiente, centralista e ineficaz, ha aumentado realmente su capacidad institucional en términos del conjunto de valores, convicciones, principios y objetivos que han señalado las nuevas Constituciones de la región latinoamericana.

III. LA HORA DE LA EQUIDAD COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL

Para el caso de América Latina y los países en vías de desarrollo hoy resulta evidente —como no lo era hace unos pocos lustros— que los problemas de exclusión socioeconómica y de pobreza son ante todo la negación de derechos fundamentales. La necesidad de la defensa y garantía de dichos derechos debe partir de una estructura constitucional llamada a protegerlos. La promoción del progreso social y la elevación de los estándares de vida en el amplio concepto de la libertad, tal como se consagra en la Carta de Naciones Unidas, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y pioneramente en cartas constitucionales como la mexicana de 1917, reconoce la existencia y la urgencia de la tutela de los derechos económicos y sociales. Se trata de un objetivo dirigido a combatir la pobreza y sus consecuencias. Su relevancia es tal para el logro de la legitimidad de los sistemas políticos que algunas agencias internacionales no ha dudado en calificar la inacción en este campo como una conducta inmoral.⁵

Resulta claro que los argumentos de la exigibilidad y justiciabilidad⁶ de estos derechos, en la práctica van a terminar en manos de las medidas de carácter legislativo y presupuestal que tomen los Estados para cumplir con estas responsabilidades. La misma noción del derecho al desarrollo para dejar de ser una simple aspiración exige mecanismos de protección

5 Ver *Human Development Report 1997*, capítulo 6. Naciones Unidas ha calificado la erradicación de la pobreza no sólo como una posibilidad práctica, sino como un imperativo moral y un compromiso con la solidaridad humana. Publicado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Oxford University Press, 1997.

6 Algunos se refieren a la autoejecutabilidad o autoejecutoriedad de los derechos fundamentales, remitiéndose a la expresión anglosajona *self-executing*. Sin embargo, otros han solucionado el problema acudiendo a la categoría de derechos de aplicación inmediata, especialmente tratadistas como Eduardo García de Enterría.

que garanticen el carácter indivisible de estos derechos y su eventual conversión en derechos subjetivos.

Por todo ello, cabe preguntarse, por ejemplo, si nuestros Estados han adquirido la calidad y eficacia para cumplir con los cometidos sociales en un escenario típico de gran debilidad institucional, en el cual a la reforma económica se le ha otorgado prioridad sobre la capacidad de gestión de las políticas públicas. Y si cualquier alternativa distinta al Estado de bienestar ha tenido en cuenta el carácter indivisible de los derechos económicos y sociales y las posibilidades ciertas de hacerlos efectivos y justiciables⁷ por las mismas vías que le han abierto el camino a los derechos civiles y políticos.

De otro lado, la obsesión por el mercado no puede llevar al exceso de constitucionalizar políticas económicas de híbrida gestación. La búsqueda permanente del desarrollo social a nombre de la equidad, de la inclusión socioeconómica y de la vigencia de los derechos económico-sociales debe imponerse sobre los centros muchas veces invisibles del poder económico, antrincherados recientemente en procesos privatizadores de deberes del Estado incumplibles por la dinámica del mercado.

IV. LA HORA DE LA JUSTICIA

Los regímenes autoritarios que asolaron nuestra región durante las últimas décadas lograron marginalizar las acciones de los poderes judiciales. La condición de convidado de piedra de este poder del Estado en la reciente evolución constitucional, implicó en muchos casos, no el desmantelamiento de esta función estatal, sino su ocupación y mediatización por los otros poderes. Si la ecuación que se proclama hoy es democracia más Estado de derecho, es contundente la conclusión respecto del indispensable fortalecimiento⁸ de la instancia judicial por el camino de su independencia. La democracia no puede inventar un mejor dispositivo que el ejercicio de esta función para garantizar la vigencia de los derechos de los ciudadanos.

7 Cada día es mayor la relevancia tanto de los tribunales constitucionales domésticos como de las instancias internacionales que han comenzado a trabajar en esta dirección, particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

8 En el contexto europeo se trata incluso de una temática nueva. Para el caso español, el fortalecimiento del Poder Judicial no es un asunto de relevancia de la Constitución de 1978.

Buena parte de los debates constitucionales recientes se han centrado en la forma como la Constitución ha “refundado” el Poder Judicial.⁹ Un Estado de derecho que se levanta después de los restos del totalitarismo reclama instituciones vigorosas y poderes judiciales fortificados. El reto más importante que se le ha planteado al ejercicio de la función judicial es ratificar la más importante razón de ser del Estado, como es la garantía de los derechos fundamentales. La relación indisoluble y de doble vía —complementaria y recíproca— que existe entre la labor del juez y la garantía de los derechos es una consecuencia directa del diseño de los mecanismos de protección establecidos en la Constitución. La realidad rampante de una “democracia judicial” garante de las responsabilidades esenciales del Estado frente a sus ciudadanos es además un fenómeno irreversible.¹⁰

¿Quién puede negar hoy la presencia de Poderes Judiciales que se han levantado en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, al frente de instituciones cuya vulnerabilidad se promueve desde las hasta hace poco omnipotentes organizaciones del crimen y la corrupción? Y paralelamente, ¿quién no aspire a depositar su confianza en órganos legislativos y de control cuyos procedimientos internos no sean todavía aquellos rudimentarios de los parlamentos de comienzos de siglo o de agencias frágiles de supervisión, para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades de legislación, representación y fiscalización?

V. LA HORA DE UN NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Sin duda, el verdadero cambio debe darse siempre en las estructuras institucionales y no simplemente en las organizaciones o en las personas, para conseguir la redefinición de las soluciones a la problemática de nuestras sociedades. Aquí cabe poner el ojo avizor en relación con muchas de las instituciones que están naciendo formalmente gracias a la estrategia de reformismo constitucional que invade el continente,¹¹ pero

9 La expresión es de Pablo Lucas Verdú.

10 Para una exposición más detenida del tema ver “El poder de los jueces”, aprobado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del 23 de abril de 1997. Madrid, 1997.

11 Sobre todo en lo relativo a la reforma del Poder Judicial se han incorporado a las Constituciones latinoamericanas, consejos de la judicatura o magistratura, cortes constitucionales especializadas, fiscalías generales y oficinas del *Ombudsman* o defensor del pueblo. En lo económico, bancos centrales y entes regulatorios y de supervisión hacen también parte de la tendencia de reforma en la región.

cuyo desarrollo institucional ha quedado en entredicho, bien por la simple inercia de los hechos o bien por la coartada de quienes se han empeñado en impedir su consolidación. Habrá que determinar además si responden a marcos adecuados para cimentar la prácticas de la democracia.

El cambio más prometedor que vive América Latina es uno de la visión expresada en la emergencia de nuevos paradigmas constitucionales que penetran tanto lo económico, como lo político, social e institucional. La apertura de espacios de participación popular, por ejemplo, hoy se reclama desde nuevos ámbitos de acción para los pueblos indígenas en Guatemala, la fortificación del Poder Judicial en Venezuela, la protección de los derechos fundamentales en Honduras, nuevas responsabilidades para los municipios en Bolivia, la imparcialidad de los órganos electorales en América Central, la invención de nuevos órganos de control de gestión y resultados en los países andinos, hasta la modernización de la función legislativa en Brasil y Argentina y los debates sobre presidencialismo vs. parlamentarismo que han tenido lugar en varios procesos constituyentes de la región, se confunden en el constitucionalismo latinoamericano con el sueño de integración de soluciones que alguna vez tuvieron nuestros libertadores.

A riesgo de incurrir en el simplismo de las generalizaciones, se podrían esbozar seis líneas de reforma adoptadas en diversos procesos constituyentes en las Américas durante los últimos años. En primer lugar, el tránsito de sistemas presidencialistas con legislaturas periféricas a esquemas de mayor equilibrio y colaboración, con énfasis en renovadas competencias de fiscalización para los poderes legislativos. En segundo lugar, de formas de Estado centralistas y cerradas a escenarios de descentralización política, administrativa y fiscal, con creciente participación ciudadana. En tercer lugar, democracias bloqueadas por intermediarios y representantes de intereses de grupo, al resurgimiento de la sociedad civil y de los intereses generales en el marco de la democracia directa. En cuarto lugar, de declaraciones retóricas de derechos, a cartas de derechos fundamentales, consagrando garantías y mecanismos inmediatos de protección constitucional.¹² En quinto lugar, el tránsito de un Estado interventor débil a un Estado regulador fuerte y capacitado, con autoridades económi-

12 La "sed de derechos" de la que hablara Ronald Dworkin, se ha materializado en la congestión de despachos judiciales, resolviendo recursos de amparo, tutela y protección constitucional. Ha sido la válvula de escape de la ciudadanía para reclamar la vigencia de sus derechos.

cas autónomas,¹³ tales como bancas centrales inmunes al influjo de la política menor. Y por último, como ya se ha destacado, de la intranscendencia del Poder Judicial a su resurrección en un ámbito de independencia y gran visibilidad, llegando en algunos casos extremos a lo que ya califican algunos como la “judicialización de la política”.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la cuestión hoy no es cómo seguir innovando o, en el peor de los casos, importando instituciones de otras latitudes, sino cómo hacer evolucionar las realidades constitucionales hacia una efectiva capacidad institucional del Estado que incentive el pluralismo político, la eficacia económica, la probidad pública y la equidad social.

VI. LA HORA DE LA CAPACIDAD INSTITUCIONAL DEL ESTADO

La evolución de la clásica fórmula virrey-caudillo-dictador-presidente permeó muchas de nuestras tradiciones constitucionales y amerita una evaluación de cara a esta nueva hora de la democracia. Es tiempo de examinar si nuestras instituciones de estirpe centralista y autoritaria, fuertemente vinculadas a un capitalismo corporativo y a un sistema político cerrado fundado en redes clientelistas, influencias partidistas o prestigios familiares, van siendo reemplazadas por otras expresiones institucionales vertebrales¹⁴ a los procesos constituyentes de comienzos del nuevo siglo.

Es hora, por ejemplo, de mirar con espíritu crítico la vigencia de un Estado omnipresente frente a un gobierno débil; de un sistema de partidos cada vez más vulnerable y fragmentado frente a una “democracia de grupos de presión” cada vez más ambiciosa; de poderes judiciales mediatizados por el Poder Ejecutivo; de legislativos desapoderados por el clientelismo y debilitados por su inhabilidad para representar a la sociedad civil. Montesquieu aconsejaba que los Estados como los árboles deben podarse para revigorizarse; y esa poda debe darse no en el sentido tradicional de llegar a la materialización del “Estado mínimo” sino en la dirección de eliminar las trabas existentes para la vigencia de un Estado de derecho democrático, atacar la obsolescencia de ordenamientos jurídicos inadecuados.

13 Normas e instituciones de responsabilidad fiscal son hoy consideradas fundamentales para salvaguardar el equilibrio financiero. Ver Sartori, Giovanni, *La democracia después del comunismo*, Barcelona, Alianza Editorial, 1993.

14 La profesionalización de la administración pública en los diferentes niveles del Estado, por medio de regímenes de servicio civil basados en el mérito, ha ganado también espacios propios en diferentes documentos constitucionales de América Latina.

cuados y combatir la perversidad de políticas públicas comandadas por desuetas estructuras y anquilisados modos de gestión del Estado.

Diversas preguntas se relacionan con lo ya dicho y es nuestra responsabilidad responderlas. Pueden enunciarse algunas de ellas: ¿se han creado eficaces instituciones que respondan a los desafíos de la América Latina del siglo XXI? ¿Se han dado procesos de reingeniería social al interior de los poderes públicos, propiciados por la vigencia del nuevo constitucionalismo? ¿Han primado soluciones administrativas y tecnocráticas a problemas que no eran administrativos o tecnocráticos sino institucionales? ¿Le han apuntando los ejecutores de las reformas al éxito del cambio institucional o se mantienen ajenos al proceso? ¿Se han adelantado verdaderas estrategias de desarrollo institucional que conviertan a las Constituciones en realidades vivas, presentes y dignas de respeto por la vía de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos? ¿Seguimos en la falacia de creer que existen Constituciones buenas o malas, bien o mal concebidas, largas o cortas, pragmáticas o reglamentaristas, si realmente lo que interesa es que funcionen?

VII. LA HORA DE LAS CONSTITUCIONES PACTADAS

La respuesta a tales preguntas sólo puede venir por cuenta del origen mismo de los diversos procesos constituyentes. La pureza retórica de las Constituciones ha sido reemplazada por procesos constituyentes pactados que han intentado abrirle la puerta a los nuevos protagonistas de las transformaciones políticas de nuestra América Latina. La búsqueda y construcción de consensos aparece hoy como el punto de partida obligatoria para asegurar el apoyo político y social necesario para llevar a cabo cualquier proceso de reforma institucional y normativa aun de carácter económico. No es producto del azar que ya comienza a demostrarse que los principios autoritarios no constituyen el mejor estímulo para el desarrollo económico.¹⁵

El sentido común de los portavoces de la sociedad civil de finales del siglo XX ha ocupado los espacios de múltiples leyes imaginarias, de Constituciones y leyes centenarias que, como advertía Bacon, “son como las estrellas, que dan poca luz por la altura en que se encuentran”. Las

15 Ver Maravall, José María, *Los resultados de la democracia*, Barcelona, Alianza Editorial, 1995.

Constituciones del nuevo milenio deben dejar de ser esqueletos de leyes para convertirse en tejidos de relaciones dinámicas. Construir ese tejido vivo de relaciones dinámicas entre el Estado, el mercado y la sociedad civil es la gigantesca tarea de la nueva fase de la democracia en nuestra región.

Bien demostraba Tocqueville que el gobierno democrático se fortalece y no se debilita cuando enfrenta una sociedad civil vigorosa, esa cuyo impulso se ha hecho manifiesto en la tendencia constitucional reciente de las Américas. Porque si bien la herencia de un fuerte pero vacilante intervencionismo estatal corporativizado impidió el surgimiento de una sociedad civil autónoma y poderosa, las realidades recientes imponen la necesidad de trabajar desde el Estado hacia la sociedad civil y desde las asociaciones ciudadanas y cívicas hacia las entidades públicas, para lograr unos acuerdos básicos sobre el desarrollo institucional de las nuevas realidades constitucionales.¹⁶ No hay mejor aliado que las redes y normas de compromiso cívico y ciudadano para dar origen a la pedagogía y la práctica que la tendencia constitucional reclama. De otra manera, permanecerán fosilizados los huesos pelados de las Constituciones escritas.

Parecería que nuestra región hoy necesitara más de un pacto social de esa naturaleza para profundizar el camino del cambio democrático que se ha abierto en los últimos años, y mucho más allá de los grandes acuerdos económicos que hoy se suscriben con los organismos financieros de crédito¹⁷ para cumplir con determinadas metas macroeconómicas.

Las ansiedades, las angustias y los problemas de esta hora presente de la democracia constitucional de América Latina sólo pueden enfrentarse y solucionarse con más democracia. En consecuencia, la gran reforma política e institucional que avalan las nuevas normas constitucionales deberá continuarse como parte del compromiso que sella el Estado con su sociedad civil respectiva. Ella constituye la única alternativa al riesgo de sumar estas nuevas cartas que anuncian la llegada de otro siglo al listado de las casi 300 Constituciones que desde su independencia se han promulgado en nuestro continente sin vocación de permanencia.

16 Los procesos de transición reclaman reglas de juego para que los actores políticos involucrados no sigan actuando bajo los parámetros de antiguos regímenes.

17 Sin perjuicio de ello, instituciones como el Fondo Monetario Internacional han colocado los temas de la gobernabilidad y transparencia de la gestión pública como metas condicionales de la suscripción de acuerdos de crédito. Ver "I.M.F. seeks Argentine deal linking credit to governing", *The New York Times*, July 15, 1997.